Der
Befreiungsanspruch
des verurteilten Bürgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

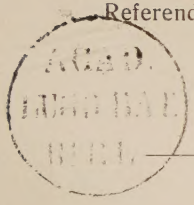
der

juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und mit ihrer Genehmigung veröffentlicht

von

Robert Pachur
Referendar beim Kgl. Landgericht in Breslau.



Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1906.

Inhalt.

Einleitung.

Erster Teil.

§ 1. Grundsätze der Bürgschaft im allgemeinen.
§ 2. Die Bestimmungen des § 775 BGB. im besonderen.
a) Geschichtliches.
b) Nebeneinanderstellung von Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.
c) Umfang des Auftrages.
§ 3. Die vier Fälle des § 775 Abs. 1 im allgemeinen.
§ 4. § 775 Abs. 1 Nr. 4 im besonderen.

Zweiter Teil.

Anwendung des § 775 Abs. 1 No. 4 auf einzelne Titel.
§ 5. Ausländische Urteile und Schiedssprüche.
§ 6. Vollstreckbare Urkunden.
§ 7. Vergleiche.
§ 8. Vollstreckungsbefehle.
Schluss.

Litteraturverzeichnis.

Angerer, Der Vergleich, Diss. Würzburg 1902.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 88, 1898.

Bardeleben, Kurt von, Der Vergleich im deutschen bürgerlichen Recht, Diss. Marburg 1899.

David, Die vollstreckbaren Urkunden der Zivilprozessordnung, Diss. Bonn 1893.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens, Bd. 2, Halle 1901.

Ebert, Schuldverhältnisse in Fischer-Henles Handausgabe des BGB. 1902.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. Berlin 1903.

Fischer, In Becker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. für das deutsche Reich, 6. Heft, Berlin 1889. (Recht und Rechtsschutz).

Fischer, Die Vollstreckbarkeit. (Aus Festgabe für Felix Dahn, Breslau 1905.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, Bd. 2, 5. Auflage, Tübingen und Leipzig 1901.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht, Jena 1850.

Gmelin, Die Vollstreckbarkeit nach Reichszivilprozessrecht, Diss. Tübingen 1898.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 16, 33 und 35.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1900.

Hedemann, Der Vergleichsirrtum nach dem Recht des deutschen Reiches, Jena 1903.

Herms, Die Bürgschaft nach dem BGB. Diss. Rostock 1900.

Karstens, Wilhelm, Der Vergleichsbegriff und Vergleichsirrtum nach gem. Recht und BGB. Diss. Rostock 1903.
Kohler, Gesammelte Beiträge zur ZPO. Berlin 1894.
Kohler, Der Prozess als Rechtsverhältnis, Mannheim 1888.
Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse, Leipzig 1896.
Krzyzankiewicz, Wladimir, Der Irrtum im Motiv beim Vergleich nach röm. u. gem. Recht. Diss. Breslau 1903.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.
Mengers, Siegfried, Der Vergleich und der Irrtum beim Vergleich nach dem BGB. Diss. Erlangen 1898.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 2, 1888.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
Paul, Der Vergleich im Zivilprozess, Leipzig 1898.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung, bearb. von Achilles u. a. Bd. 2. 1898.
Reincke, Die deutsche ZPO. Berlin 1885.
Reyscher, Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile im Inland. Diss. Tübingen 1892.
Richter, Das Mahnverfahren, Hannover 1895.
Roth, Das Rücktrittsrecht des Bürgen, Diss. Rostock 1903.
Schultze, Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen Rechtsnachfolger, Breslau 1891.
Schulz, Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, [22. Bd.] Jena 1895.
Seuffert, Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 1903.
Siméon, Recht und Rechtsgang im deutschen Reiche. Berlin 1901.
Skedl, Das Mahnverfahren, Leipzig 1891.
Staudinger, Kommentar zum BGB. München 1901.
Struckmann-Koch, Kommentar zur ZPO. Berlin 1895.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1885.
v. Wilmowsky-Levy, Die Zivilprozessordnung, Berlin 1889.

Während § 774 des Bürgerlichen Gesetzbuches Bestimmungen trifft über den Regress des Bürgen gegen den Hauptschuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt hat, behandelt § 775[1] die Fälle, in denen der Bürge vom Erfüllenmüssen verschont bleiben und vom Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann.

Das Gesetz knüpft diesen Anspruch des Bürgen an zwei Voraussetzungen. Einmal muss er die

1) § 775 BGB. lautet:

Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen:

1. Wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben. —
2. Wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer, nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist. —
3. Wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist. —
4. Wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. —

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.

Bürgschaft im Auftrage des Hauptschuldners übernommen haben oder es müssen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten zustehen und ausserdem muss einer der im Absatz 1 unter No. 1 bis 4 erwähnten Fälle vorliegen.

Die Fälle 1 bis 3 bedürfen einer Erläuterung kaum. Bei Fall 4 kann man jedoch im Zweifel sein, was das Gesetz unter einem „vollstreckbaren Urteil auf Erfüllung" meint, ob der Befreiungsanspruch nur dem verurteilten Bürgen zustehen soll oder ob etwa mit Rücksicht auf Inhalt und Zweck des § 775 eine erweiterte Auslegung bezw. Anwendbarkeit von No. 4 möglich und geboten erscheint.

In dieser Richtung will vorliegende Arbeit eine Untersuchung anstellen und im besonderen die Frage zu beantworten suchen, ob und inwieweit § 775 Abs. 1 No. 4 auf andere vollstreckbare Titel, die nicht Urteile sind, Anwendung finden kann.

Erster Teil.

§ 1.

Grundsätze der Bürgschaft im allgemeinen.

Zweck der Bürgschaft ist, dem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu geben und zwar dadurch, dass sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen — § 765 BGB. — d. h. die Verbindlichkeit selbst zu erfüllen, wenn die anderweitige Erfüllung dieser unterbleibt.

Aber auch nur dann, denn der Bürge soll erst dann die Last des Schuldverhältnisses zu tragen haben, wenn sich die Kräfte des Hauptschuldners als zu schwach erweisen.[1]

Schon die Motive[2] betonen diese Subsiardität der Bürgenhaftung, und das Bürgerliche Gesetzbuch hat in wesentlicher Übereinstimmung mit dem gesamten geltenden Rechte[3] diesen Rechtsgedanken durch

1) Siméon a. a. O.

2) II S. 667/68.

3) Das österr. Gesetzbuch macht noch eine Ausnahme, vgl. Dernburg II S. 352.

Aufnahme der Einrede der Vorausklage in § 771 verwirklicht, trotz des Widerstandes der, namentlich bei den Beratungen der 2. Gesetzgebungskommission geltend gemacht wurde.[1]

Doch hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch der Ansicht derer, die für die Beseitigung der Einrede der Vorausklage waren, insofern genähert, als es diese dem alten Recht gegenüber erheblich eingeschränkt hat.

So brauchen nach § 772 nicht alle Vollstreckungsmittel gegen den Hauptschuldner erschöpft zu werden: Es genügt z. B. bei Geldforderungen, wenn die Vollstreckung in die beweglichen Sachen versucht worden ist,[2] und § 773 gibt sogar einige Fälle an, in denen die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen ist.

Das bisher Erwähnte berührt nur das Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner einerseits und zum Bürgen andrerseits.

Unterscheiden muss man hiervon das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner.

---

1) Prot. II S. 468. Als Gegengründe wurden angeführt: Im modernen Rechtsverkehr sei der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage zur Regel geworden. — Die Versagung würde sich als ein Mittel empfehlen, dem leichtsinnigen Verbürgen zu steuern. — Auch hätte die Rechtssicherheit unter der Verschiedenheit des bürgerlichen Rechtes und des Handelsrechtes zu leiden, vgl. auch Unger in Jherings Jahrb. Bd. 29. S. 1. ff.

2) Als Grund für diese Beschränkung geben die Mot. II S. 669/70 an, dass dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner sich aus dem Bürgschaftsvertrage ergebenden Rechte nicht zugemutet werden kann, diese meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwande verbundenen und oft nur geringen Erfolg versprechenden Arten der Zwangsvollstreckung vor dem Angriffe des Bürgen zu unternehmen.

An und für sich werden nämlich durch den Bürgschaftsvertrag als einem Vertrage zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen rechtliche Beziehungen zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner nicht hergestellt.

Deshalb erhält der Bürge ein Rückgriffsrecht gegen den Hauptschuldner erst dann, wenn ihn infolge der übernommenen Bürgschaft ein Vermögensschaden getroffen hat, „wenn er eine Schuld getilgt hat, die zwar rechtlich auf ihm und dem Hauptschuldner lastete, die aber wirtschaftlich nur der letztere zu tragen hätte.“ [1]

Abgesehen von diesem ihm dann kraft Gesetzes [2] zustehenden Rückgriffsrechte entscheidet sonst immer die getroffene Vereinbarung bezw. das zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestehende konkrete Rechtsverhältnis, das immer den seiner Natur entsprechenden Einfluss auf den Inhalt und den Umfang des Rückgriffsrechtes ausüben wird.

§ 2.

Die Bestimmungen des § 775 BGB. im besonderen.

Besondere Bestimmungen trifft das Bürgerliche Gesetzbuch für den Fall, dass es sich bei dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis um Auftrag bezw. Geschäftsführung ohne Auftrag handelt.

1) Roth a. a. O. S. 9.
2) § 774 BGB.

Dann[1][2] kann der Bürge vor Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit[3] Befreiung bezw. Sicherheitsleistung[4] verlangen[5], wenn eine der im § 775 Abs. 1 gegebenen Voraussetzungen vorliegt.[6]

---

1) Damit ist der im gem. Recht lebhaft geführte Streit entschieden, ob der im § 775 gewährte Anspruch jedem Bürgen — Windscheid II § 480, 3 — oder nur dem Bürgen im Auftragsverhältnis — Dernburg II § 80 1 b — zustehe.

2) Anders war es im preuss. Recht, wo der Anspruch auf Befreiung dem Hauptschuldner gegenüber auf die Bürgschaft allein begründet werden konnte. ALR. I 14 § 356 ff.

3) d. h. die Beseitigung des dem Bürgen drohenden Risikos, von dem Gläubiger in Anspruch genommen zu werden (vgl. Cosack S. 588). Sie wird regelmässig durch Befriedigung des Gläubigers durch den Hauptschuldner erfolgen, kann aber auch z. B. dadurch bewirkt werden, dass der Hauptschuldner den Gläubiger zum Verzicht auf seine Rechte aus dem Bürgschaftsvertrage bewegt, cf. Oertmann a. a. O. S. 502.

4) Die Sicherheit ist dafür zu leisten, dass die Befreiung des Bürgen bewirkt werde, sobald die Hauptverbindlichkeit fällig sei, nicht für die Ersatzansprüche, welche sich für den Bürgen aus der Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung ergeben, vgl. Planck Anm. 2 zu § 775 Abs. 2.

5) Regelmässig wird wohl der Bürge sein Verlangen auf dem Klagewege geltend machen. — Die Vollstreckung des Urteils auf Befreiung erfolgt gem. § 887 ZPO. (Gaupp-Stein II, S. 693 zu II, 1 u. 2; so auch RGE. Bd. 18 S. 435.)

6) Ein den Zweck der Vorschrift des § 775 gut erläuterndes Beispiel gibt Siméon a. a. O. zu § 775: „H schuldet dem G 5000 Mark Darlehn. B hat auf Bitten des H mit Rücksicht auf die zwischen ihnen bestehende Geschäftsverbindung für die Darlehnsschuld in einem an G gerichteten Briefe gut gesagt. B erfährt nun, dass H das Darlehn am Verfalltage nicht zurückgezahlt hat, dass zahlreiche Wechsel des H umlaufen, von denen einige bereits protestiert sind, und dass H Anstalten trifft nach Russland abzureisen. Nunmehr kann B sofort den Anspruch auf Befreiung geltend machen, einen Arrestbefehl gegen H, vielleicht sogar den persönlichen Sicherheitsarrest bewirken und zu retten suchen, was noch zu retten ist.“ Siméon fährt dann weiter fort: „Ohne die Vor-

a. Geschichtliches.

Schon das römische Recht gab dem Bürgen unter gewissen Voraussetzungen[1] dem Hauptschuldner gegenüber den Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft, u. a. dann, wenn der Hauptschuldner die Befriedigung des Gläubigers ungebührlich verzögerte oder sein Vermögen verschwendete. Weiter wie das römische Recht geht das gemeine Recht insofern, als es die Befreiungsgründe des römischen

---

schrift des § 775 müsste B dagegen untätig dem Zusammenbruche von H's Vermögen zusehen. — G würde das Darlehn gegen H einklagen, die Zwangsvollstreckung vergeblich versuchen und sodann seine Befriedigung von B verlangen, und nun wäre B erst in der Lage, seinen Rückgriff an H zu nehmen, der inzwischen nach Russland abgereist ist und kein einziges pfändbares Vermögensstück mehr besitzt."

1) l. 38 § 1 D 17, 1, l. 45 D 46, 1 und l. 10 C 4, 35 s. S. 25. l. 38 § 1 D 17, 1: est enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, fideiussor an et prius quam solvat agere possit, ut liberetur nec tamen semper expectandum est ut solvat aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit aut cerle bona sua dissipabit. . . .

l. 45 D 46, 1: Fideiussor pro venditore fundorum duorum altero evicto conventus ab emptore condemnatus est certam quantitatem: quaesitum est an cum herede venditoris ante diem, quo iudicatum facere compelleretur agere possit. Respondit agere quidem posse, sed ex iusta causa ad officium iudicis pertinere quo fideiussor aut defendatur aut liberaretur.

Das kanonische Recht kennt in Ablehnung an das römische Recht ebenfalls den Befreiungsanspruch des Bürgen: c 5 X, de fideiussoribus, tit. XXII „Eum, pro quo te fideiussorem obligasti, si die in debiti solutione cessavit aut dissipare bona sua coepit, seu super hoc condemnatus fuisti, iure poteris convenire, ut te a fideiussione debeat liberare."

Rechts nur als Beispiele für die allgemeine Regel ansah, dass der Regress immer dann statthaft sei, wenn es der Billigkeit entspräche. Demgemäss haben denn auch die Glossatoren immer neue Fälle aufgestellt.[1]

Aber auch fast alle Rechte[2] der späteren Zeit haben ähnliche Bestimmungen.

So gibt das Allgemeine Landrecht, um nur ein Beispiel anzuführen, in I,14 dem Bürgen den Befreiungsanspruch, wenn der Schuldner zu verschwenden anfing oder sonst in Vermögensverfall geriet — § 357 — oder wenn er Anstalt machte, die Königlichen Lande dergestalt zu verlassen, dass er darin nicht ferner belangt werden könnte — § 358.

Im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch konnte nach Allgemeinem Landrecht — hierin stimmt dieses mit dem Code civil[3] überein — der Bürge diese Befugnis auf die Bürgschaft allein gründen, und es bedurfte nicht des Vorhandenseins eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner.[4] Das Bürgerliche Gesetzbuch knüpft ihn, wie schon erwähnt, an das Rechtsverhältnis des Auftrags oder an die Geschäftsführung ohne Auftrag.

1) So Wilhelm von Suza: Kapitalfeindschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen; Durantis „wenn der Bürge verreisen wollte", vgl. Girtanner a. a. O. S. 220.

2) Deutsche Partikularrechte, die derartige Ausnahmefälle vorsehen, führt Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 16 S. 753 an. Vgl. auch Österr. GB. §§ 1364/1365, Sächs. GB. § 1470, Schweiz. BGB. Art. 511.

3) Der Code civil behandelt den Befreiungsanspruch des Bürgen in Artikel 2032.

4) ALR. I, 14 § 356 ff.

b. Nebeneinanderstellung von Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.

Diese Gleichstellung von Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag[1] beruht auf der richtigen Erwägung, dass der Bürge, der als negotiorum gestor handelt, dann, wenn die Bürgschaftsübernahme dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Hauptschuldners entspricht, nicht ungünstiger gestellt werden kann, als der beauftragte Bürge.

Die Motive[2] halten es für rätlich, „dies auszusprechen, da beim Schweigen des Gesetzes aus § 775 ein argumentum e contrario entnommen werden könnte."

c. Umfang des Auftrages.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt den Anspruch auf Befreiung ohne Rücksicht auf den Umfang des Auftrages.

Im wesentlichen übereinstimmend mit der von Hasenbalg[3] für das gemeine Recht entwickelten Anschauung stellen es die Motive[4] ausser Zweifel, „dass das Mandat, die Bürgschaft zu übernehmen, auch das Mandat eintretenden Falls den Gläubiger zu befriedigen in sich schliesst", bringen aber eine Begründung dieser Ansicht nicht.

---

1) In der Verbürgung selbst kann schon eine neg. gestio enthalten sein, vgl. RGE. Bd. 1 S. 345.

2) II S. 677.

3) Hasenbalg a. a. O. S. 673. Sein Gegner ist hierin Girtanner.

4) II Bd. S. 673.

Die entgegengesetzte Meinung für das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt besonders überzeugend Rothenberg in Gruchots Beiträgen Bd. 33 S. 364 ff.

Nur eine Verwechslung der rechtlichen Beziehungen des Bürgen zum Gläubiger einerseits und zum Hauptschuldner andererseits, so führt Rothenberg[1] aus, sei Grund zu der Annahme der Motive. Er hält diese Auffassung für höchst bedenklich und behauptet[2] seinerseits, „dass der Auftrag zur Eingehung der Bürgschaft das Mandat zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht in sich schliesse".

Weder aus dem Wesen des vom Hauptschuldner dem Bürgen erteilten Auftrages zur Verbürgung noch aus dem Zwecke des Bürgschaftsvertrages lasse sich die gegnerische Ansicht begründen.

Denn der wesentliche Inhalt des vom Hauptschuldner dem Bürgen erteilten Auftrages bestehe darin, dass der Bürge dem Hauptschuldner verspricht, er werde dem Gläubiger versprechen die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen (a. a. O. S. 366).

Zweck des Bürgschaftsvertrages sei aber die Sicherung des Gläubigers.

Nur der Parteiwille sei für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage massgebend, und im Zweifel sei nicht anzunehmen, dass das Mandat auch die Erfüllung der Verbindlichkeit in sich schliesst, da dies aus dem Wesen des Auftrages zur Verbürgung nicht zu folgern sei (a. a. O. S. 367).

---

1) a. a. O. S. 368; auch Herms a. a. O. S. 58 ff.
2) S. 366.

Der Meinung Rothenbergs schliesse auch ich mich an und halte die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen nicht für eine Ausführung des dem Hauptschuldner erteilten Auftrages, sondern für die kraft rechtlicher Notwendigkeit eintretende Folge der Verbürgung.[1]

Die Fälle Nr. 3 und Nr. 4 des Absatz 1 § 775 sind bei der von den Motiven vertretenen Auffassung über den Umfang des Auftrages nicht zu erklären.

Denn umfasst der Auftrag auch die Erfüllung der Verbindlichkeit, dann führt ja doch der Bürge durch die Erfüllung erst den Auftrag aus, und es ist dann, wie Rothenberg[2] bemerkt, „kein legislativer Grund ersichtlich, aus welchem für den Fall, dass der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit übernommen hat, der Regress des Bürgen auf Befreiung oder Sicherstellung vor Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sich rechtfertigen liesse."

Eine Lösung dieses Widerspruches lässt sich jedoch insofern finden, als dem Bürgen als Beauftragten auch alle Rechte eines solchen zustehen. Infolgedessen steht es ihm nach § 671 BGB. frei, den Auftrag zur Zahlung jederzeit sogar zur Unzeit zu kündigen und deshalb darf dem Bürgen, „in

---

1) Vgl. Unger in Jhrb. f. Dogm. Bd. 29 S. 33; für das gem. Recht, Girtanner a. a. O. S. 529 ff.

2) a a. O. S. 370. Er schlägt — S. 373 — mit Rücksicht hierauf einen Schlusssatz zu § 677 (775) in folgender Fassung vor: „es sei denn, dass in den Fällen 3 und 4 der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit übernommen hat."

dem Falle rechtmässig geschehener Kündigung des Zahlungsauftrages beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 775 BGB. das Recht auf Befreiung bezw. Sicherheitsleistung gegenüber dem Hauptschuldner nicht abgesprochen werden." [1]

§ 3.

Die vier Fälle des § 775 Abs. 1 im Allgemeinen.

Vorliegende Arbeit soll sich mit Nr. 4 befassen. Doch muss eine Betrachtung sämtlicher in Abs. 1 aufgeführten Fälle vorangeschickt werden, um dadurch das Prinzip kennen zu lernen, das bei der Auswahl der erwähnten Fälle massgebend gewesen sein muss.

Von vornherein kann man annehmen, dass sie wegen ihrer besonderen Beschaffenheit Grund zu ihrer ausnahmsweisen Behandlung gegeben haben müssen.

Dies darf man jedoch nicht so verstehen, als wollte das Gesetz den im § 775 BGB. dem Bürgen gegebenen Anspruch nur auf diese speziellen Fälle beschränken. Die Motive [2] halten es für entbehrlich, dies im Gesetz auszusprechen, [3] und bemerken, dass

1) Herms, a. a. O. S. 61.

2) II S. 677.

3) Ebenso schweigt das Gesetz darüber, ob der im § 775 gegebene Anspruch auch dem selbstschuldnerischen Bürgen zusteht. Die Motive II S. 677 bejahen es unter Verweisung auf RGE. VIII S. 262 und dies mit Recht, da ja der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nur von Einfluss auf das

durch die Bestimmung des § 677 (d. h. § 775) der Beurteilung des Falles nicht vorgegriffen wird, „wenn das Recht auf Sicherstellung oder Befreiung in weiterem Umfange bezw. für weitere Fälle zwischen dem Hauptschuldner und Bürgen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart ist." Endemanns[1] Meinung, dass durch § 775 Abs. 1 die Tatbestände „abschliessend" aufgeführt sind, in denen der Anspruch auf Befreiung dem Bürgen zusteht, ist daher irrig.

Vielmehr ist durch die erwähnte Bemerkung der Motive gleichzeitig gesagt, dass bei der Auswahl der Fälle ein bestimmtes Prinzip leitend war, das man analog auf ähnliche Fälle wird anwenden können.

Versuchen wir dieses Prinzip zu finden.

Bei dieser Untersuchung muss man davon ausgehen, dass der Bürge im Auftragsverhältnis zum Hauptschuldner sich befindet. Regelmässig wird die Absicht des Bürgen bei Übernahme des Auftrages darauf gerichtet sein, dem Hauptschuldner bei dem Gläubiger Kredit zu verschaffen.

Ist dieser Zweck erreicht, dann muss der Bürge berechtigt sein, Befreiung von der Bürgschaftsverbindlichkeit vom Hauptschuldner zu verlangen, wenn dieses Verlangen nicht der Intention der Parteien entgegen geltend gemacht wird.[2]

Klagerecht des Gläubigers ist, an dem Rechtsverhältnis, aber, welches zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bezüglich des Entstehungsgrundes der Bürgschaftsübernahme besteht, nichts ändert.

1) a. a. O S. 1200 Anm. 12.

2) Ein sofort angestellter Regress würde gegen den Sinn des Mandats bezw. die utilitas der Geschäftsordnung verstossen.

Dies kann dann nicht der Fall sein, wenn Umstände eintreten, welche die zur Zeit der Bürgschaftsübernahme für den Bürgen nur mit entferntem Risiko verbundene Lage zu seinen Ungunsten ändern, „wenn sich die Haftung des Bürgen über das allgemein vorausgesetzte Mass erhöht hat,“ [1] und an den Bürgen die Gefahr des eigenen Zahlenmüssens herantritt.

Das so gefundene Prinzip passt vollkommen auf die im Abs. 1 des § 775 BGB. angeführten Fälle.

Unstreitig wird bei wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners — Nr. 1 — der Regress des Bürgen nicht minder gefährdet als bei Veränderung seines Wohnsitzes — Nr. 2 — und die Gefahr, den Gläubiger befriedigen zu müssen, ist nicht minder drohend beim Verzuge des Hauptschuldners — Nr. 3 — als dann „wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.“ (Nr. 4.)

§ 4.

§ 775 Abs. 1 Nr. 4 im besonderen.

Welches sind nun die besonderen Gründe, aus denen dem Bürgen gerade im Falle Nr. 4 der Anspruch auf Befreiung gegeben ist?

Dem vorhin gefundenen und erörterten Prinzipe entspricht Fall 4 insofern, als für den Bürgen durch das gegen ihn ergangene Urteil eine sofort vollstreckbare Schuld entstanden ist und es nun der

1) Endemann, a. a. O. S. 1200 Anm. 12.

Zweckmässigkeit und der Billigkeit gegen beide Teile mehr entspricht, dass der Hauptschuldner als der Bürge dem Gläubiger erfülle, zumal der Auftrag nach der von mir vertretenen Auffassung die Pflicht zur Zahlung nicht umfasst. Nach der Erfüllung ist ja der Bürge sowieso berechtigt, Ersatz vom Hauptschuldner zu verlangen, und es kann letzterem nicht viel daran liegen, ob er etwas früher selbst den Gläubiger befriedige und damit gleichzeitig den Bürgen befreie oder ob er etwas später die von dem Bürgen geleistete Verbindlichkeit diesem erstatte.[1]

Immerhin bleibt noch ungelöst, was eigentlich das Gesetz mit einem „vollstreckbaren Urteil auf Erfüllung" meint.

Man könnte sehr wohl unterstellen, dass das Gesetz dem Bürgen den Anspruch gegen den Hauptschuldner nur dann geben wollte, wenn das Verlangen des Gläubigers auf Erfüllung der Bürgschaftsverbindlichkeit auf dem gewöhnlichen Klagewege als zu Recht bestehend festgestellt ist.

Dies ist aber nicht anzunehmen.

Hätte das Gesetz den ordentlichen Klageweg vorschreiben wollen, so könnte es nur deshalb sein, damit die Verpflichtung des Bürgen zur Zahlung der Bürgschaftsschuld in einer für ihn absolut verbindlichen Weise festgestellt wird, namentlich mit Rücksicht auf ev. ihm zustehende Einreden oder mit Rücksicht auf die ihm z. B. nach Allgem. Landrecht

1) Kremer S. 119, Hasenbalg S. 698.

zukommende Pflicht zur Streitverkündung, von der nur beim ordentlichen Verfahren die Rede sein kann.

Was eventuelle Einreden anbetrifft, so steht es fest, dass der Bürge selbst beim Vorliegen eines vom Gläubiger im ordentlichen Prozessverfahren gegen sich erwirkten Urteils Befreiung vom Hauptschuldner dann nicht wird verlangen können, wenn er es böswillig unterlassen hat, Einreden, die ihm bezw. dem Hauptschuldner zustanden, geltend zu machen, denn zu der ihm aus der Kenntnis solcher Einreden erwachsenden Diligenz ist er dem Hauptschuldner gegenüber verpflichtet und haftet ihm für die sorgfältige Ausführung der Geschäftsbesorgung.

Mindestens muss der Bürge dem Gläubiger gegenüber die Einreden geltend machen, die er kennt; tut er dies nicht, so verliert er seinen Regressanspruch in dem Umfange, wie die Schuldverbindlichkeit durch die Einrede gemindert wäre. Der Hauptschuldner kann dann die Einreden, die ihm gegen den Gläubiger zustanden, auch gegen den Bürgen erheben, wenn dieser schuldhaft deren Geltendmachung gegen den Gläubiger unterlassen hat.[1]

In diesem Sinne ist also auch Nr. 4 des § 775 nur zu verstehen.

Auch eine Verpflichtung, welcher der Bürge nur im ordentlichen Prozessverfahren nachkommen

1) Endemann, a. a. O. S. 1200 Anm. 10. Cf. auch RGE. III S. 219.

kann, also z. B. die Pflicht zur Streitverkündung, besteht für ihn nicht.[1]

Während es nach gemeinem Recht feststand, dass der Bürge zur Streitverkündung nicht verpflichtet war,[2] verlangt das ALR. I, 14 § 344, dass der Bürge bei einer zwischen ihm und dem Gläubiger anhängigen Klage, „den Hauptschuldner zu dem Prozesse gerichtlich mit vorladen lasse.“[3] (Streitverkündung.)

Die Motive[4] finden weder für die eine noch die andere Ansicht im Wesen des Bürgschaftsvertrages eine zureichende Stütze und halten es deshalb für gewagt, „durch eine positive Norm der einen oder der anderen Art einzugreifen“.

Tatsächlich ist eine derartige Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner aus dem Wesen des Bürgschaftsvertrages zu verneinen.

Aus der streng accessorischen Natur der Bürgschaft, welche besonders scharf im § 670 des Entw. betont wird,[5] folgt mit Notwendigkeit, dass vorerst

1) Gewöhnlich wird wohl der Bürge den Schuldner von seiner Belangung durch den Gläubiger und von der durch ihn bewirkten Erfüllung benachrichtigen.

2) Den Nachweis führt in überzeugender Weise Rothenberg in Gruchots Beitr. Bd. 16 S. 373 ff.

3) Endemann a. a. O. S. 1200 vergleicht diese Verpflichtung, die das ALR. stellt, mit den Anforderungen, die im gem. Recht der von einem Dritten belangte Käufer zur Sicherung seines Eviktionsanspruches zu erfüllen hatte.

4) II. S. 675.

5) Mot. II S. 660/61. § 670 lautet: Hat der Bürge sich zu einer grösseren oder zu einer beschwerlicheren Leistung verpflichtet, als zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist oder hat er eine Leistung, zu welcher der Hauptschuldner nur bedingt verpflichtet ist, unbedingt versprochen, so haftet er als Bürge nicht weiter, als der Hauptschuldner verpflichtet ist.

nur vom Hauptschuldner verlangt werden kann, „die rechtliche Qualität der Schuld“,[1] die regelmässig in seiner Person entstanden ist, zu kennen, insbesondere zu wissen, „ob dieselbe durch Einreden entkräftbar ist.“

Dem Bürgen kann eine derartige Verpflichtung deshalb nicht zugemutet werden, weil die Bürgschaftsschuld eine für ihn fremde Schuld ist, deren Beschaffenheit zu kennen er nicht verpflichtet ist.

Ganz und gar nicht wird man aber von einer Pflicht des Bürgen zur Streitverkündung etc. sprechen können bei der von uns oben erörterten und vertretenen Auffassung von dem Umfange des Auftrages.

Denn ist der Auftrag mit der Bürgschaftsübernahme erledigt, so ist der Bürge bei einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger nicht mehr verpflichtet, die aus dem Auftragsverhältnis sonst resultierende erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Vielmehr wäre es vom Hauptschuldner als Auftraggeber fahrlässig gehandelt, hätte er die Benachrichtigung des Bürgen von etwaigen Einreden versäumt.

Infolgedessen ist in diesem Falle auch eine Einrede gegen die Regressklage des Bürgen für den Hauptschuldner nicht möglich.

Rothenberg[2] hält bei dieser Sachlage „eine positive Vorschrift, welche die Frage im Sinne des römischen Rechts löst, im Interesse der Rechtskonsequenz und der Rechtssicherheit dringend geboten“. Er will zu diesem Zweck einen § 677a

1) Rothenberg a. a. O. S. 380.
2) a. a. O. S. 382.

eingeschoben wissen. § 677a sollte lauten: „Hat der Hauptschuldner den Bürgen mit der Übernahme der Bürgschaft beauftragt, so ist er verpflichtet, demselben rechtzeitig von seinen Einwendungen gegen die Forderung des Gläubigers Kenntnis zu geben. Versäumt er dies, so steht die Nichtgeltendmachung von Einwendungen seitens des Bürgen, dessen Ansprüchen aus den §§ 676, 674, 4 (jetzt §§ 774 u. 775, 4) nicht entgegen, es sei denn, dass der Bürge Kenntnis von den Einwendungen gehabt hat."

Allerdings hätte eine derartige Vorschrift viel zur Klarheit des Gesetzes beigetragen. Da es aber das Gesetz unterlassen hat, eine solche zu geben, werden für den Richter bei Beantwortung der Frage immer die Umstände des Einzelfalles massgebend sein müssen.

Nach diesen Erwägungen kann also davon, durch die Textfassung von No. 4 das ordentliche Prozessverfahren vorschreiben zu wollen, nicht die Rede sein.

Die Textfassung von No. 4 ist auf andere Weise zu erklären.

Betrachtet man die Quellenstelle, der Fall 4 unstreitig entnommen ist — l. 10 C 4, 35[1] — und die

1) Si pro ea contra quam supplicas fideiussor seu mandator intercessisti et neque condemnatus es neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis ut iustam metuendi causam praebeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgueri certum est . . . .

Fassung von Art. 1017[1] des Dresdener Entwurfs, so ist unschwer zu erkennen, dass sich der Entwurf eng an die Quellenstelle anlehnt. Die Fassung der letzteren glaubten wahrscheinlich die Gesetzgeber um so weniger ändern zu müssen, als auch andere Gesetze[2] sie fast wörtlich übernommen haben und die Stelle den sich regelmässig abspielenden Fall zum Gegenstande hat, dass nämlich der Bürge dem Verlangen des Gläubigers, die Bürgschaftsverbindlichkeit zu erfüllen, nicht entspricht, der Gläubiger den Bürgen infolgedessen verklagt, durch Urteil der Anspruch des Gläubigers festgestellt und der Bürge ihn zu erfüllen verpflichtet wird.

Die Änderungen der folgenden Entwürfe[3] sind nur redaktioneller Natur und ändern an der materiellen Sachlage nicht das mindeste.

Was meint aber das Gesetz mit dem Zusatz „vollstreckbar"? Über den Begriff der Vollstreckbarkeit im Sinne der Zivilprozessordnung herrscht nichts weniger als Übereinstimmung.

1) Der Bürge . . . . kann Befreiung . . . verlangen, wenn der Bürge zur Leistung an dem Gläubiger bereits verurteilt worden ist.

2) z. B. Code civil. Art. 2032:
„La caution même avant d'avoir payé peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée,
1 e Lorsqu' elle est poursuivie en justice pour le paiement; —

3) Entwurf I § 677: „Wenn der Bürge zur Erfüllung der Hauptverbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger verurteilt worden ist;"
Entwurf II § 714: „Wenn der Bürge dem Gläubiger gegenüber zur Erfüllung verurteilt worden ist."

Während Stein[1] die Ansicht vertritt, dass Vollstreckbarkeit die Fähigkeit eines Urteils ist, Grundlage der Zwangsvollstreckung im engeren Sinne oder der sonstigen realen Urteilswirkungen zu sein und den Gegensatz allein in der materiellen Rechtskraft findet, steht Fischer[2] auf dem Standpunkt, dass der Zivilprozessordnung nur die Bedeutung der Vollstreckbarkeit zu Grunde liegt, welche dem äusseren Wortsinne entspricht, nämlich die Geeignetheit als Grundlage einer Zwangsvollstreckung. Er weist dies treffend nach, indem er dabei auf die von den Gegnern seiner Ansicht geltend gemachten „Unstimmigkeiten" eingeht und diese des Näheren beleuchtet. Eine solche Unstimmigkeit bezüglich des Begriffs der Vollstreckbarkeit ist auch in unserem Fall 4 zu finden, da die hier ausgesprochene Wirkung zur Zwangsvollstreckung an und für sich nicht gehört, sondern vielmehr über diese hinaus geht.

Von Rechtskraftwirkung kann andrerseits deshalb nicht die Rede sein, weil die im Falle 4 ausgesprochene Wirkung des Leistungsurteils — auf Erfüllung — zu gunsten des Verurteilten eintritt, eine solche aber nur zu gunsten der siegreichen Partei gegen die unterlegene Partei eintreten kann,[3] ganz abgesehen davon, dass die Wirkung nicht an den Zeitpunkt der Rechtskraft geknüpft ist.

Kann es sich demnach um eine rechtskräftige Entscheidung nicht handeln und hängt andrerseits

1) S. 335, Vorbemerkung III, Abs. 2.
2) Fischer, Die Vollstreckbarkeit S. 41.
3) Fischer in Jherings Jahrb. Bd. 40 S. 199 ff.

die Wirkung des Urteils von seiner Vollstreckbarkeit ab, so ist eben nur mit Fischer [1] anzunehmen, dass das Gesetz die vorläufige Vollstreckbarkeit des noch nicht rechtskräftigen Urteils im Interesse des Bürgen genügen lassen will.

Dieses Ergebnis ist denn auch ein völlig befriedigendes. Es wäre auch mit Zweck und Inhalt des ganzen § 775 nicht in Einklang zu bringen, sollte der Bürge erst die Rechtskraft [2] des gegen ihn ergangenen Urteils abwarten müssen, um gegen den Hauptschuldner vorgehen zu können, während ihm schon in Fällen der Befreiungsanspruch zusteht, bei denen die Gefahr, den Gläubiger befriedigen zu müssen, bei weitem nicht so dringlich erscheint.

Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen würde demnach zu sagen sein:

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in Nr. 4 des Abs. 1 § 775 den regelmässigen Fall der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger berührt und will dem Bürgen den Schutz des Paragraphen dann geben, wenn es feststeht, dass der Gläubiger berechtigt ist, seinen Anspruch auf Erfüllung gegen den Bürgen mit Zwangsgewalt geltend zu machen.

Abgesehen davon, dass dieses Resultat völlig dem oben erörterten Prinzip entspricht, ist damit auch eine m. E. befriedigende Erklärung der Textfassung gegeben.

1) Fischer, Die Vollstr. S. 85.

2) Kremer S. 119 spricht von einer „rechtskräftigen Verurteilung des Bürgen". Da er hierbei auf den Gesetzestext Bezug nimmt, halte ich dies für ein Versehen.

Zweiter Teil.

Anwendung des § 775 Abs. 1 Nr. 4 auf einzelne Titel.

Das so gefundene Ergebnis soll nun die Grundlage bilden für unsere weitere Untersuchung, für die Beantwortung der Frage, ob der im § 775 BGB. dem Bürgen gegen den Hauptschuldner zuerkannte Anspruch auch dann zu geben ist, wenn ein anderer Titel als ein „vollstreckbares Urteil" vorliegt.

In Betracht sollen jedoch im einzelnen nur häufiger vorkommende Titel wie vollstreckbare Urkunden, Schiedssprüche und ausländische Urteile, Vergleiche und Vollstreckungsbefehle gezogen werden.

§ 5.

Ausländische Urteile und Schiedssprüche.

Am nächsten liegt wohl die Frage, wie es mit der Anwendung des § 775 Abs. 1 Nr. 4 auf ausländische Urteile steht.

Gleich hier stossen wir auf einen markanten Unterschied zu einem „vollstreckbaren Urteil“ und zwar auf einen Unterschied, den ausländische Urteile mit Schiedssprüchen gemeinsam haben.

Zwar hat der Schiedsspruch nach § 1040 ZPO. „unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils.“

Diese Fassung ist jedoch zum mindesten ungenau, da ja die wichtigste Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, die Vollstreckbarkeit, in § 1042 ZPO. ausdrücklich ausgeschlossen bezw. nur dann zugelassen ist, „wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen ist.“

Während also „der Leitungsbefehl des Richters zu gunsten des Klägers das Vollstreckungsrecht ohne weiteres zur Entstehung bringt, fehlt diese Macht dem Schiedsspruch,“ [1] und in dieser Beziehung hat er dieselbe Wirkung wie ein ausländisches Urteil.

Auch dieses entbehrt der Vollstreckbarkeit. [2]

Aus diesem Grunde wird deshalb der Schutz des § 775, dem Bürgen liegt einer dieser beiden Titel vor, nicht zu geben sein, da der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen wohl feststeht, eine Gefahr, den Gläubiger befriedigen zu müssen, aber noch garnicht vorliegt, der Bürge ja erst auf Grund einer Klage des Gläubigers durch das Vollstreckungsurteil in die Lage kommt, in der er sich beim Vorliegen eines vollstreckbaren Urteils schon befindet.

1) Gemelin, a. a. O. S. 60.
2) ZPO., § 722.

Anders ist die Sachlage dann, wenn das Vollstreckungsurteil ergangen ist.

Dieses macht sowohl den Schiedsspruch als auch das ausländische Urteil zu vollstreckbaren Titeln.

Da ausserdem beim ausländischen Urteil der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen im wesentlichen immer in derselben Weise wie beim „Urteil" von Nr. 4, also im ordentlichen Prozessverfahren, festgestellt wird, kann es bei diesem keinem Zweifel unterliegen, dass der Bürge vom Hauptschuldner Befreiung verlangen kann.

Möglich ist ein solcher Zweifel aber vielleicht beim Schiedsspruch deshalb, weil hier auf Parteivereinbarung hin unter Umgehung des ordentlichen Klageweges von Privatleuten der Anspruch des Gläubigers und damit die Verpflichtung des Bürgen zur Zahlung festgestellt wird.

Der Fall wird allerdings m. E. praktisch äusserst selten vorkommen, dass sich Gläubiger und Bürge dazu entschliessen, ihren Streit[1] durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen.

Immerhin liegt es im Bereich der Möglichkeit und deshalb mag der Fall nicht unerwähnt bleiben.

Auch beim Vorliegen eines Schiedsspruches — d. h. nach Erlass des Vollstreckungsurteils — wird § 775 BGB. in Anwendung zu bringen sein, denn der oben erwähnte Zweifel ist völlig unberechtigt.

---

1) Nur dann kann von einem schiedsrichterlichen Verfahren die Rede sein, wenn über eine Rechtsstreitigkeit zu entscheiden ist; Vorbem. zum 10. Buch der ZPO., Seuffert S. 719 und Gaupp S. 654.

Abgesehen davon, dass durch das schiedsrichterliche Verfahren der ordentlichen Klage nicht umgangen, sondern auf Grund einer Parteivereinbarung nur ersetzt wird und dabei dieselben Garantien einer objektiven Behandlung geboten werden, wie bei diesem, ist für unsere Frage im besonderen nur die Tatsache massgebend, dass dem Verlangen des Gläubigers rechtliche Geltung verschafft ist und der Bürge genau so wie beim vollstreckbaren Urteil ihm nachzukommen mit Zwang angehalten werden kann.

Jedenfalls hat Fischer[1] aber Recht, wenn er sich dahin ausspricht, die Voraussetzungen gegenüber ausländischen Urteilen und Schiedssprüchen seien erschwert. Man braucht, um dies nachzuweisen, nur auf die Bestimmung des § 723 Abs. 2 ZPO. hinzuweisen, nach der bei ausländischen Urteilen das Vollstreckungsurteil und damit der Anspruch des Bürgen auf Befreiung erst mit der Rechtskraft des ausländischen Urteils verlangt werden kann, während bei inländischen Urteilen vorläufige Vollstreckbarkeit genügt.

§ 6.

Vollstreckbare Urkunden.

Was die Anwendung des § 775 Abs. 1 Nr. 4 BGB. auf vollstreckbare Urkunden anbetrifft, so möge nachfolgendes Beispiel einer solchen zur Erläuterung dienen.

1) Vollstreckbarkeit S. 85.

Nr. 117 des Notariatsregisters
für 1906.

Verhandelt
zu Breslau, den neunzehnten September Eintausendneunhundertundsechs.

Vor dem unterzeichneten zu Breslau, Ohlauerstrasse 100, wohnhaften

Rechtsanwalt Justizrat Karl Schenk,
Notar im Bezirk des Kgl. Oberlandesgerichts zu Breslau

erschien heute der Rittergütsbesitzer Johannes Hildebrand aus Gräbschen, dem Notar von Person bekannt. Er erklärte, dass er für die Darlehnsschuld des Rittergutspächters Erwin Wilde in Gräbschen an den Kaufmann Gustav Neumann in Breslau, Karlstrasse 20, in Höhe von 1000 Mk., rückzahlbar am 1. April 1907 dem genannten Kaufmann Gustav Neumann Bürgschaft leiste, auch auf die Einrede der Vorausklage verzichte. — Herr Hildebrand unterwirft sich in Bezug auf die vorstehend übernommene Zahlungspflicht der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Diese Verhandlung ist dem Erschienenen in Gegenwart des Notars vorgelesen, von ihm genehmigt und wie folgt unterschrieben worden:

Johannes Hildebrand

geschehen wie oben beurkundet.

Karl Schenk, Notar im Bezirk des Kgl. Oberlandesgerichts zu Breslau.

Wie dieses Beispiel zeigt, wird eine solche vollstreckbare Urkunde immer gleichzeitig den Bürgschafts-

vertrag zum Gegenstande haben und sich regelmässig der Bürge der sofortigen Zwangsvollstreckung für den Fall unterwerfen, dass eine in der Person des Hauptschuldners begründete und auch diesem zur Last zu legende Tatsache eintritt.

Kann sich nach Eintritt dieses Umstandes der Gläubiger die Vollstreckungsklausel geben lassen, dann ist die Sachlage m. E. für den Bürgen in keiner Beziehung anders als dann, „wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat."

Von dem vollstreckbaren Urteil unterscheidet sich die vollstreckbare Urkunde allerdings dadurch, „dass jenes auf Grund vorausgegangener (mündlicher) Verhandlung den streitigen Anspruch feststellt, während bei dieser die Zivilprozessordnung die Feststellung zunächst den Parteien überlässt und erst im Falle schuldnerischer Einwendungen die richterliche Feststellung hinter die Zwangsvollstreckung verlegt." [1]

Für unsere Frage ist jedoch dieser Unterschied betreffend die Feststellung des Anspruches völlig belanglos; massgebend hierfür ist lediglich der Umstand, dass der Anspruch des Gläubigers festgestellt ist bezw. feststeht und infolgedessen auch der Bürge zur Erfüllung durch Zwang angehalten werden kann.

Da hierin „vollstreckbares Urteil" und „vollstreckbare Urkunde" übereinstimmen, liegt kein Grund vor, dem Bürgen den Schutz des § 775 gegen den Haupt-

1) Linsenbarth i. Bl. f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 42 S. 123.

schuldner zu versagen. Es entspräche dies weder der Billigkeit, noch dem den § 775 beherrschenden Prinzipe.

Abgesehen davon, dass ja für den Bürgen der Zwang zur Erfüllung bevorsteht, wäre es ungerecht, wollte man dem Bürgen hier den Anspruch auf Befreiung versagen, wo ihm in gleicher oder ähnlicher Lage z. B. beim Verzuge des Schuldners der Anspruch ohne weiteres vom Gesetz gegeben wird.

§ 7.

Vergleiche.

Bezüglich der hinsichtlich von Vergleichen anzustellenden Beantwortung unserer Frage sei von vornherein bemerkt, dass wir unsere Untersuchung nur auf die im § 794 ZPO. unter Nr. 1 und 2 erwähnten gerichtlichen Vergleiche erstrecken.

Beispiele dafür, dass es in dem zwischen Bürgen und Gläubiger anhängigen Prozesse zum Zwecke seiner Beendigung zu einem Vergleiche kommt (§ 794 Nr. 1) oder dafür, dass zur Vermeidung eines Prozesses der Gläubiger den Bürgen gemäss § 510 ZPO. vor Gericht ladet und dort ein Vergleich geschlossen wird, (Nr. 2) werden vorkommen.

Hinsichtlich dieser jedoch sofort eine bejahende oder verneinende Antwort bezüglich der Anwendung

des § 775 BGB. auf sie zu geben, ist schlechthin unmöglich mit Rücksicht auf die rechtliche Natur der Vergleiche.

Durch die Motive[1] sind wir bezüglich der Definition an das Bürgerliche Gesetzbuch verwiesen.

Dieses setzt in § 779 zu einem Vergleich Streit oder Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis und seine Beendigung durch gegenseitiges Nachgeben voraus.

Doch herrscht über den Vergleichsbegriff bezw. über den Begriff des Prozessvergleichs nichts weniger als Übereinstimmung.

Während die einen[2] die Ansicht vertreten, dass die Erfordernisse des § 779 BGB. in Verbindung mit gerichtlichem Abschluss den Vergleich zu einem Prozessvergleich machen,[3] sieht Hedemann[4] einen

---

1) Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch S. 650: „Das Gesetzbuch muss Auskunft geben, welcher Vertrag gemeint sei, wenn es von Vergleich redet, oder wenn ein anderes Gesetz des Vergleiches . . . . erwähnt".

2) Z. B. Angerer a. a. O. S. 40.

3) Auf demselben Standpunkt steht das Reichsgericht, wenn es in RGE. Bd. 20 S. 415 ff. das Vorliegen eines Vergleiches verneint, „wenn vor Beginn der mündlichen Verhandlung der Kläger erklärt, dass er die erhobene Klage unter Übernahme der Prozesskosten zurücknehme, und der Beklagte die Rücknahme genehmigt." Auch die Kommentatoren der ZPO. beantworten ausnahmslos die Frage im Sinne des RG., so Seuffert II S. 435, Gaupp Bd. 2 S. 404, Reincke S. 615, Struckmann-Koch S. 844.

4) a. a. O. S. 67 ff.

prinzipiellen Gegensatz zwischen gerichtlich und aussergerichtlich vollzogenem Vergleich.[1]

Auf diese Streitfrage jedoch einzugehen, wird nicht erforderlich sein, da wir von der Tatsache ausgehen wollen, dass zwischen Bürgen und Gläubiger ein nach § 794 Abs. 1 bezw. 2 formell und materiell gültiger Vergleich vorliegt.

Es wird uns also lediglich interessieren, zu untersuchen, in welchen Beziehungen Urteil und Vergleich bezüglich ihrer Wirkung zu einander stehen und welchen Einfluss dieses Ergebnis auf die Anwendung des § 775 hat.

Die §§ 211 und 218 des BGB. stellen zwar den Prozessvergleich neben das Urteil als Mittel der Prozessbeendigung, und die Motive[2] bemerken: „Der Rechtsstreit findet ein Ende mit dem rechtskräftigen Urteil; daneben liegt die anderweitige Erledigung durch Vergleich."

Den Vergleich aber als Prozesshandlung anzusehen[3] oder ihm Urteilsnatur beizulegen,[4] oder gar aus ihm ein wirkliches Urteilssurrogat mit voller

---

1) Nicht so weit wie Hedemann geht Fischer (a. a. O. S. 41), der gegen die Enge der von den Motiven (Bd. 2 S. 650) vorgeschlagenen Begriffsbestimmung auftritt, die sich mit dem, was im Prozessrecht als „Vergleich" bezeichnet werde, unmöglich vereinigen lasse.

2) Mot. I zu § 174 S. 331.

3) Wach im Handbuch S. 576.

4) Für das gemeine Recht so Risch, Regelsberger, Brinz, s. darüber Krzyzankiewicz S. 64.

materieller und formeller Rechtskraft zu machen,[1] ist m. E. nicht richtig.

Allerdings haben Vergleiche und Urteile insofern Ähnlichkeit als beiden die Vollstreckbarkeit gemeinsam ist.

Diese Tatsache jedoch, dass der vor Gericht abgeschlossene Vergleich hinsichtlich der Vollstreckbarkeit dem Urteil gleichgestellt ist, (§ 794 No. 1 u. 2 ZPO.) beweist weiter nichts, „als die Gemeinsamkeit des Zweckes, nämlich der Streitbeendigung."[2])

Wie man aus dem Grade, in welchem das Bürgerliche Gesetzbuch den Vergleich der Anfechtung wegen Zwang, Betrug und Irrtum unterliegen lässt, ersehen kann, will es den Vergleich lediglich als Vertrag aufgefasst wissen.[3]

Der Unterschied zwischen Vergleich und Urteil beruht also darin, dass während beim Urteil das anstelle des Ungewissen tretende durch eine dritte Person festgestellt wird, dies beim Vergleich durch die Parteien selbst geschieht, oder kürzer ausgedrückt, dass Vergleich Parteiakt, Urteil Staatsakt ist.[4]

Wird dieser Unterschied für die Anwendung des § 775 auf Vergleiche von Belang sein? M. E. nicht.

Für gewöhnlich wird ein Vergleich zwischen Bürgen und Gläubiger in der Weise zu Stande kommen, dass der Bürge, falls er im Verlaufe des

1) So Paul a. a. O., bezgl. dieser Ansicht s. die bei Hedemann a. a. O. S. 75 zu Anm. 2 angegebene Literatur.

2) Karstens a. a. O. S. 9.

3) Mengers a. a. O. S. 25, Bardeleben a. a. O. S. 82, ebenso d. RG. in RGE. Bd. 27 S. 42.

4) Gaupp II S. 578 c, α.

Prozesses[1] einsieht, der Prozess werde doch mit seiner Verurteilung enden, sich an den Gläubiger mit der Bitte wenden wird, die Klage zurückzunehmen, während er sich verpflichtet, die Kosten zu tragen.

Warum sollte nun dem Bürgen der Anspruch auf Befreiung in diesem Falle versagt sein, während ihm, hätte er sich verurteilen lassen, das Gesetz sofort mit seiner Hilfe zur Seite steht.

Die Sachlage ist doch schon jetzt in keiner Beziehung für ihn anders, als beim Vorliegen des Urteils.— Vielleicht könnte jemand mit dem Einwande kommen, der Bürge habe ja freiwillig dem Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegeben. Ja, aber soll es denn dem Bürgen, falls er wie erwähnt, das Nutzlose eines Weiterprozessierens einsieht, nicht erlaubt sein, dem Prozesse durch einen Vergleich ein Ende zu machen.

Vorausgesetzt ist natürlich, dass er die ihm zustehenden Einreden geltend gemacht hat, denn in diesem Falle will ja, wie schon oben S. 22 erwähnt, der Gesetzgeber auch bei Nr. 4 nur dem Bürgen den Anspruch des § 775 geben.

M. E. wird also auch beim Vorliegen eines Vergleichs der Bürge gemäss § 775 BGB. den Anspruch auf Befreiung geltend machen können.

---

1) Die Verhandlung zur Hauptsache muss schon begonnen haben, andernfalls wäre es kein Vergleich — vgl. die Anm. 3 auf S. 36 — „denn jetzt bietet der Beklagte dem Kläger als Äquivalent für die Bewilligung der Erfüllungsfrist die Übernahme der Leistungspflicht und damit einen vollstreckbaren Titel", Angerer a. a. O. S. 37. Ebenso Kretschmar S. 74, Wolff im Archiv für ziv. Prax. Bd. 88 S. 166, Seuffert Anm. 2a zu § 794 Bd. 2 S. 434.

§ 8.

Vollstreckungsbefehle.

Des weiteren wollen wir nur noch erörtern, in welcher Weise § 775 Abs. 1 Nr. 4 BGB. auf Vollstreckungsbefehle anzuwenden ist.

Es wird sich hierbei zunächst die Frage aufwerfen lassen, ob denn überhaupt der Gläubiger gegen den Bürgen im Wege des Mahnverfahrens seinen Anspruch aus dem Bürgschaftsvertrage geltend machen kann.

Dies ist deshalb zu bejahen, weil es sich bei Bürgschaftsverbindlichkeiten meist, ja man kann sagen immer, um Ansprüche handeln wird, die unter den §§ 688 ZPO. fallen und auf Grund deren also ein Zahlungsbefehl erlassen werden kann.

Oft wird aber das Mahnverfahren geradezu angebracht sein, weil der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen nicht streitig und der Gläubiger nur deshalb genötigt ist, das Gericht anzugehen, um sich einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen.[1] Dann ist ein auf das Vorhandensein eines Rechtsstreits berechnetes Verfahren entbehrlich, es genügt vielmehr, um die Unbestrittenheit des Anspruchs festzustellen, einer kurzen und wenig kostspieligen Prozessform, wie sie eben das Mahnverfahren bietet.

Allerdings ist dieses wesentlich anderer Art, als das ordentliche Prozessverfahren.

1) Seuffert II S. 256.

Ohne jede Sachverhandlung auf Grund der einseitigen Behauptung des Gläubigers, die selbst weder bewiesen noch glaubhaft gemacht wird, ergeht der Zahlungsbefehl.

Das ganze Verfahren beabsichtigt also „in erster Linie die Klage und das darauf folgende Verfahren des Erkenntnisstadiums auszuschliessen und mit der Anspruchsrealisierung zu beginnen".[1]

Im Gegensatz hierzu bedingt das ordentliche Prozessverfahren eine durchgreifende mündliche Verhandlung, ein Beweisverfahren, wenn die Tatfrage über den streitigen Anspruch ohne eine solche nicht beantwortet werden kann.

Übrigens unterliegt auch der Zahlungsbefehl, vor Erlass des Vollstreckungsbefehles, noch einer richterlichen Prüfung und es erstreckt sich diese zwar hauptsächlich auf formelle Erfordernisse.

Wenn jedoch die Mot.[2] behaupten, dass sich „die Kognition des Richters sachgemäss auf die Feststellung der formellen Voraussetzungen beschränkt", und nach Gaupp[3] „eine sachliche Prüfung, ob der Anspruch des Gläubigers begründet ist, hierbei nicht mehr stattfindet", so steht dies in Widerspruch mit § 691 ZPO. Dieser bestimmt u. a., dass das Gesuch auch dann zurückgewiesen wird, wenn sich „aus dem Inhalt des Gesuchs ergibt, dass der Anspruch überhaupt oder z. Z. nicht begründet ist".

1) Skedl a. a. O. S. 114.
2) Motive zur ZPO. S. 385.
3) Gaupp Anm. 1 zu § 639 Bd. 2 S. 274.

Also so ganz auf formelle Voraussetzungen stützt sich das Mahnverfahren nicht, und übrigens kann die im Wesen des Mahnverfahrens begründete Art der richterlichen Feststellung kein Grund sein, dem Bürgen den Anspruch aus § 775 BGB. zu versagen, wenn er im Mahnverfahren vom Gläubiger belangt worden ist und ihm nun durch den Vollstreckungsbefehl der Zwang zur Befriedigung des Gläubigers droht.

Dem eventuellen Einwande, dass ja der Bürge durch Nichterheben des Widerspruches gegen den Zahlungsbefehl sich insofern einer Versäumnis der durch das Auftragsverhältnis begründeten Diligenz schuldig gemacht habe, als eine sachliche Feststellung des gläuberischen Anspruchs infolgedessen nicht stattgefunden hat, werden wir mit dem Hinweis auf unsere S. 24 ff. gemachten Ausführungen begegnen.

Schluss.

Fasst man das Ergebnis der angestellten Untersuchung zusammen, so ist zu sagen:

§ 775 Abs. 1 Nr. 4 BGB. ist auf andere Titel als „vollstreckbare Urteile“ so anzuwenden, wie es den Wirkungen eines vollstreckbaren Urteils mit Rücksicht auf das den § 775 beherrschende Prinzip entspricht.

Nicht unerwähnt mag schliesslich bleiben, dass der praktische Wert des § 775 deshalb nicht allzu gross sein wird, weil der Hauptschuldner in den meisten Fällen bereits zahlungsunfähig und so, „wenn er zur Befriedigung des Gläubigers ausser Stande ist, auch nicht in der Lage sein wird, den Bürgen vor dem Angriffe des Gläubigers zu schützen.“[1] Immerhin ist § 775 insofern von Bedeutung, als er dem Bürgen ein Mittel in die Hand gibt zu retten, was noch zu retten ist, falls sich seine Rechtslage ungünstig gestaltet und sich der Bürge durch rechtzeitige Geltendmachung der ihm nach § 775 zustehenden Rechte unter Umständen vor noch grösseren Verlusten schützen kann, die ihn treffen würden, wenn er den vollständigen Vermögensverfall des Hauptschuldners abwarten müsste.[2]

1) Siméon a. a. O. zu § 775.
2) Kuhlenbeck a. a. O. Bd. II S. 334.

Lebenslauf.

Am 16. August 1880 wurde ich, Robert Pachur, preussischer Staatsangehöriger, als Sohn des Kaufmanns Robert Pachur und dessen Ehefrau Dorothea geb. Hanke in Breslau, meinem Heimatsorte, geboren. Zunächst besuchte ich die Volksschule und von Ostern 1891 ab das Kgl. St. Matthiasgymnasium in Breslau, das ich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Von Ostern 1901 bis Ostern 1904 hörte ich in Breslau rechts- und staatswissenschaftliche Vorlesungen und bestand am 19. September 1904 die erste juristische Staatsprüfung, am 18. Mai 1905 die mündliche Doktorprüfung. Am 4. Oktober 1904 vereidigt, arbeitete ich zunächst beim Kgl. Amtsgericht in Friedeberg a/Qu. und bin z. Z. am Kgl. Landgericht in Breslau beschäftigt.